

**OTRA VEZ SOBRE EL DEBER DE DILIGENCIA DE LOS DIRECTORES
Y EL “BUSINESS JUDGMENT RULE”**

Los jueces nunca deben juzgar decisiones empresarias. Sin embargo...

El derecho anglosajón (y ya se sabe cuánto éste ha influido en el derecho societario contemporáneo, incluyendo el argentino) ha desarrollado un principio según el cual los directores de una sociedad no pueden ser declarados responsables por posibles daños a los accionistas si su conducta se ajustó a la llamada *business judgment rule*.

Una traducción razonable de esa expresión sería “la regla —o principio— del buen criterio empresario”.

De acuerdo a su aplicación más generalizada, los directores están exentos de responsabilidad por posibles daños a sus accionistas (i) si actuaron en buena fe, (ii) con el cuidado que una persona razonablemente prudente habría aplicado en circunstancias similares y (iii) bajo la razonable convicción de que las medidas adoptadas serían beneficiosas para la sociedad.

En otras palabras, hay ciertas decisiones empresarias que, por aquello de que los jueces son jueces y no hombres de negocios, no pueden someterse a la revisión judicial.

En rigor, ese principio anglosajón no es más que la aplicación práctica de las pautas que el derecho continental exige a los directores

de las sociedades anónimas (y, en general a todo administrador de una sociedad): actuar con lealtad hacia la sociedad y con la diligencia del buen hombre de negocios.

La regla anglosajona opera como una presunción en favor de los directores. Quien quiera desplazarla deberá demostrar la mala fe de aquéllos. De lo contrario, servirá como una valla infranqueable para evitar que los directores sean declarados responsables ante los accionistas por haber tomado decisiones que, en su momento, consideraron convenientes para la empresa.

De este modo, se crea un ámbito dentro del cual ciertas decisiones empresarias quedan fuera del escrutinio judicial.

En los casos en que los directores son demandados por accionistas insatisfechos y aquéllos alegan en su defensa “la regla del buen criterio empresario”, los demandantes deberán demostrar que ese principio es inaplicable. Tendrán éxito sólo si prueban la mala fe de los directores, un apartamiento irrazonable de la sana prudencia empresarial y los perjuicios que esa conducta produjo.

La “business judgment rule”, más allá de su procedencia geográfica inicial, ha logrado

ser aplicada en muchos países cuyo sistema jurídico es de origen continental europeo.

Así, en un caso reciente, la justicia italiana resolvió una disputa entre accionistas y directores en la que éstos alegaron que sus decisiones empresarias no podían ser objetadas por haber sido adoptadas en el mejor interés de la sociedad. Sin embargo, el tribunal hizo caso omiso de esa defensa ¹.

El síndico de una empresa en quiebra (Muglia Elevatori SRL) demandó a Mario Muglia, ex director único de aquella, por considerarlo responsable de las decisiones que llevaron a la empresa a la quiebra y le reclamó aproximadamente medio millón de euros. Sostuvo que el demandado había sido “gravemente negligente”.

Don Mario, obviamente, pidió el rechazo de la demanda.

El tribunal opinó que “al administrador de una sociedad, para considerarlo responsable, no se le puede imputar haber tomado *decisiones inoportunas desde el punto de vista económico*, ya que una valoración semejante debe estar sujeta a la discrecionalidad propia del empresario. Podrá servir como justa causa para revocar su designación como administrador, pero no como fuente de responsabilidad contractual ante la sociedad”.

“De allí” —continuó el tribunal— se desprende que la evaluación de la diligencia del administrador en el cumplimiento de las obligaciones propias de su cargo no puede incluir las decisiones de gestión ni las modalidades y circunstancias de dichas decisiones, aun cuando éstas tengan características económicas aleatorias”.

¹ In re “Muglia Elevatori SRL (en quiebra) c. Muglia”; RG 1430/2018, Tribunal Ordinario de Catanzaro, Sección Especializada en Empresas, 22 enero 2024, *Giurisprudenze delle Imprese*, *GiurisNews* 16/2024, 1 julio 2024.

Para generar responsabilidad, enfatizó el tribunal, es necesario concentrarse “sólo en la diligencia evidenciada al valorar prudentemente los márgenes de riesgo de las operaciones a emprender y, por lo tanto, en la eventual omisión de la cautela, verificaciones e informaciones normalmente exigibles en la toma de decisiones, las circunstancias del caso y las modalidades de aquéllas”.

Pero... “*la no revisibilidad de las decisiones empresarias del administrador encuentra un límite cuando existe un conflicto de intereses*”.

¿Y cuándo existe tal conflicto? Para el tribunal, hay un conflicto de intereses cuando los que mueven al administrador y a la sociedad están en situación de incompatibilidad; es decir, cuando la prosecución de unos comporta el necesario sacrificio de los otros”.

“Esto ocurre”, agregó, “cuando a cada ventaja obtenida por el administrador derivada de la operación, corresponda (aun cuando no sea en modo necesariamente proporcional) una desventaja para la sociedad o la omisión de una ganancia”.

Por eso, “el comportamiento de un administrador que actúa en conflicto de intereses es revisable [por los tribunales], debido a la violación del deber general de actuar con corrección al que está sujeto en sus relaciones con la sociedad”.

En otras palabras, el principio del buen criterio empresario resulta inaplicable cuando las decisiones adoptadas por el director lo son en el contexto de un conflicto de intereses.

En el caso, se demostró que Muglia junto con su mujer habían constituido una segunda sociedad con el mismo objeto social que la anterior, para desarrollar idénticas activida-

des y en el mismo territorio, y al frente de la cual había colocado a un tío suyo.

El tribunal halló que Muglia “había actuado en gravísimo conflicto de intereses en perjuicio de la sociedad que administraba” —que culminaría con su quiebra—, “con el objeto de obtener una ventaja injusta a favor de la nueva sociedad, desviando su clientela y transfiriéndole el personal”.

Más aún: “Mario Muglia traspasó bienes e instalaciones de una sociedad a otra, a precios notablemente inferiores al costo, provocando un grave perjuicio económico a la primera de las dos empresas (administrada por él) y una injusta ventaja patrimonial a la segunda (a la que administraba de hecho)”.

Por consiguiente, Muglia, como director de la sociedad fallida era responsable ante ésta, sus accionistas y los terceros por “incumplimiento de los deberes que la ley y el acto constitutivo de la sociedad le imponen, de actuar con la diligencia exigida por la naturaleza de sus funciones y sus competencias específicas”.

Decidida la responsabilidad del director único, ¿por cuánto debía responder frente a la sociedad, sus accionistas y terceros?

En su demanda, el síndico consideró que Muglia debía responder al menos por la diferencia entre el activo social y el total de los pasivos verificados en el proceso de quiebra.

Pero el tribunal recordó que, según la jurisprudencia, imputar *todas las pérdidas* a la gestión del director no era razonable, salvo que se pueda demostrar la existencia de un daño concreto (como es la desaparición del patrimonio social) y que ello es consecuencia directa de la conducta del director. Si el demandante no pudiera demostrar ese daño y su conexión con aquella conducta, dijo el tri-

bunal, “la demanda contra el director carecería de objeto”.

Ello así porque “el riesgo de posibles pérdidas es intrínseco a la actividad empresarial y, si se concretan, no pueden, por sí mismas, constituir un síntoma significativo de la violación de sus deberes por el director, [...] toda vez que no basta una gestión diligente de una empresa para garantizar sus resultados positivos”.

“Tampoco sería lógicamente correcto imputar al director una porción de las pérdidas patrimoniales que quizás existieran antes de la quiebra ni hacer recaer sobre él los pasivos posteriores que una empresa en crisis casi inevitablemente acumula aun durante su liquidación, ya que ésta no implica el cese inmediato y automático de sus costos”.

Pero no obstante esos principios, los jueces entendieron que establecer el daño resarcible en una suma igual a la diferencia entre el pasivo verificado y el activo de la sociedad “*sólo podía justificarse si se demostraba un incumplimiento de las obligaciones del director de tal magnitud que, al menos en abstracto, podría haber generado semejantes consecuencias negativas y si se identificaban las razones por las que resultaba imposible establecer que los efectos dañosos eran directamente atribuibles al director*”.

En particular, subrayaron que “una correlación entre la conducta del director y un perjuicio equivalente al total del déficit patrimonial de la sociedad fallida *sólo puede existir cuando las violaciones del deber de diligencia en la gestión empresarial sean tan generalizadas que lleven a pensar que fue precisamente en razón de éstas que desapareció el patrimonio social*”.

En el caso, el tribunal consideró que la sindicatura “había alegado y demostrado una serie de gravísimas conductas de mala gestión

llevadas a cabo por el director y el nexo causal entre ellas y el daño ocasionado a la sociedad”. Para el tribunal, “Muglia actuó en conflicto de intereses con la sociedad fallida ocasionándose gravísimos daños que la condujeron a la quiebra”.

El tribunal concluyó diciendo que las actividades de Muglia en cuando director entraban en un área “no protegida por la *business judgment rule*, en cuanto las conductas y las decisiones tomadas en conflicto de intereses no están sometidas al normal riesgo empresario, sino que presentan específicos perfiles de riesgo”.

Y agregó “si bien es cierto que la *business judgment rule* no permite evaluar el mérito de los actos de gestión llevados a cabo por el administrador, también es cierto que esa regla opera exclusivamente cuando las decisiones operativas son tomadas bajo los principios de una correcta gestión empresarial o de conformidad con las leyes y el estatuto social, no se encuentran infectadas por conflictos de intereses de los directores, se las adopta como resultado de un proceso de adquisición de información previo a la decisión y adecuado a la incidencia de esas decisiones sobre el patrimonio empresario y son racionalmente coherentes con las informaciones y las expectativas de sus posibles resultados”.

En el párrafo final, la sentencia dejó en claro que “el tribunal consideraba que, en razón de todo lo ampliamente expuesto, la conducta gravemente negligente del director mostraba indicios convergentes, graves y precisos, idóneos para que se le responsabilizara de la diferencia entre el activo y el pasivo de la sociedad a la fecha de su quiebra”.

El tribunal descartó el argumento de que Muglia, como propietario del 51% de las acciones, solo debía responder hasta ese porcentaje: “es absolutamente irrelevante que el director fuese también socio de la sociedad administrada por él. El director es responsable por no haber cumplido diligentemente sus obligaciones de gestión. Establecida su responsabilidad, responde con todos sus bienes presentes y futuros, sin que ella se vea limitada por la circunstancia de que, además, fuera socio de la fallida”.

¿Podría este precedente italiano aplicarse en la Argentina? Sí, por supuesto. Nuestros derechos societarios se parecen y comparten la misma posición en materia de conflictos de intereses. Pero hay más: la ley argentina sanciona más duramente una situación aun más ríspida que aquella: la de la actividad en competencia.

* * *

Esta nota ha sido preparada por Juan Javier Negri. Para más información sobre este tema pueden comunicarse con el teléfono (54-11) 5556-8000 o por correo electrónico a np@negri.com.ar.

**Este artículo es un servicio de Negri & Pueyrredon Abogados a sus clientes y amigos.
No tiene por objeto prestar asesoramiento legal sobre tema alguno.**